

**CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA**

**ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

*Coordinadores*

**COMENTARIOS A  
LA LEY PERUANA  
DE ARBITRAJE**

**TOMO II**

 **INSTITUTO PERUANO DE  
Arbitraje**

**Art. 44°.—Peritos.**

**1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Asimismo requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos.**

(806) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, p. 9. Encuentro un defecto en este razonamiento en la parte que sostiene que la jurisdicción arbitral se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales "como cualquier particular". En primer lugar, hay una contradicción, pues al reconocer el Tribunal Constitucional el carácter jurisdiccional del arbitraje no lo puede equiparar con cualquier particular. En segundo lugar, el principio de interdicción de la arbitrariedad no sólo alcanza a los particulares, sino también —y muy especialmente— a los entes públicos. Más esclarecedora es la cita que figura en la página 11 bajo el numeral 30: "Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal como ha sido dicho en anterior sentencia: 'a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad'" (Exp. N° 090-2004AA/TC).

**2. Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.**

**3. Las partes pueden aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados, salvo acuerdo en contrario.**

#### COMENTARIO <sup>(807)</sup>

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *El rol del perito y los límites de la prueba pericial.* 3. *Credibilidad e imparcialidad del perito de parte.*

#### 1. INTRODUCCIÓN

Como explica STARK, lo que más interesa a los miembros de un tribunal arbitral son los hechos. Sin duda, su interés por conocer los hechos es mayor que su interés por el derecho. Es entonces, a través de una presentación convincente de los hechos, que el abogado litigante podrá, si tiene éxito, persuadir al tribunal de su verdad:

*"Enfréntelo: los jueces se consideran expertos en la ley. No importa lo que les digan acerca de la ley, ellos tomarán su interpretación como una que tiene mucha de sal. En cambio, tus hechos son nuevos y mejor conocidos por ti; tu habilidad de ser persuasivo a través de ellos es entonces mucho mayor. Dale los hechos al Juez y podrás hacerlo cambiar de opinión. Dale la ley y ellos seguirán necesitando los hechos"* <sup>(808)</sup>.

Justamente, para dicha presentación convincente y persuasiva de los hechos ante el tribunal arbitral, la prueba pericial es un instrumento de persuasión fundamental y poderosísimo, sobretudo, cuando los hechos del caso involucran aspectos de naturaleza técnica.

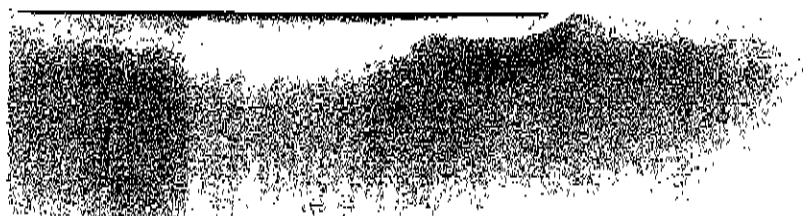
(807) Por HUÁSCAR EZCURRA RIVERO: Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.

(808) Steven D. STARK, *Writing to Win. The legal writer*. New York: Broadway Books, 1999, p. 71. Traducción libre del siguiente texto: *"Face it: judges consider themselves experts in law. No matter what you tell them about it, they are going to take your interpretation with about fifteen grains of salt. In contrast, your facts are new and best known to you; your ability to be persuasive with them is greater. Give judges the facts in a case and they can make up their minds. Give them the law and they still need to know the facts."*

En ese sentido, el artículo 44° de la LA se refiere a un importante protagonista en el arbitraje nacional y el arbitraje internacional: el perito, también conocido como el experto. Decimos protagonista pues cuando, por decisión del tribunal arbitral o por decisión de las partes, se requiere la opinión de un experto, ello es justamente porque el tribunal arbitral y/o las partes consideran que para una mejor comprensión de los temas en disputa, el apoyo de un experto resulta imprescindible. La opinión del experto, dependiendo del tipo de disputa, puede llegar a convertirse en pieza clave para la decisión que tendrá que tomar el tribunal. Es fundamental, en ese sentido, comprender que el experto, si bien puede haber sido propuesto, designado y pagado por alguna de las partes, se debe al Tribunal (y *no* a la parte que lo designó). El experto es en estricto un colaborador del tribunal en la búsqueda de la verdad.

Como precisa la norma, los peritos pueden ser designados por el mismo tribunal arbitral o por las partes. El primero, el perito designado por el tribunal arbitral, es conocido como el perito de oficio y, el segundo, como el perito de parte. Pero más allá de quién lo nombre, lo cierto es que se trata de un especialista en la materia técnica que se encuentre controvertida, cuya labor es colaborar con el tribunal arbitral en la tarea de esclarecer las cuestiones técnicas del caso. La imparcialidad e independencia del perito que se designe es fundamental. Y ello naturalmente se aplica tanto para el perito que designe el tribunal arbitral como para el perito que designen las partes.

Asimismo, los abogados, si bien formados en derecho, en la práctica del litigante arbitral, debemos aprender muchísimo de otras profesiones. Así, cuando recibimos un caso en patrocinio, dependiendo de la materia controvertida, para dar un mejor servicio a nuestro cliente y encontrar el mejor argumento para persuadir al tribunal arbitral de nuestra verdad, diseñando la mejor estrategia para ese fin, debemos aprender de temas tan variados como, por poner sólo algunos ejemplos, embarazos ectópicos en ginecología obstetricia; o sobre el funcionamiento de los sistemas hidráulicos para las generadoras de electricidad; sobre las capacidades de bodega de las embarcaciones pesqueras y su relación con el arqueo; sobre las distintas condiciones climáticas, plagas u hongos que pueden afectar la cosecha de uvas para la exportación; o sobre riesgos de incendio de un local textil que no cumplió con las medidas de seguridad exigidas por las cláusulas de garantías de la póliza de seguros contratada; sobre las condiciones de roca que eran previsibles para un contratista experimentado que fue contratado para obras civiles que involucraban la perforación de túneles en el subsuelo, etcétera.



No obstante, para aprender de estas otras profesiones, requerimos de ayuda. El perito, en ese sentido, es justamente el experto que permite: i) primero, que el abogado comprenda mejor su caso y el de su contraparte y, ii) con ello, permite que el abogado pueda plantear la mejor estrategia y organizar una defensa efectiva, y iii) finalmente, el perito a su vez es el colaborador que permite al tribunal comprender los temas técnicos de fondo para mejor resolver la discrepancia entre las partes.

## 2. EL ROL DEL PERITO Y LOS LÍMITES DE LA PRUEBA PERICIAL

¿Qué debe aportar un perito al proceso arbitral? ¿Cuáles son los límites de la prueba pericial? Usualmente se introduce la opinión de un perito al proceso con el objeto que colabore con la evaluación de los hechos en disputa aportando para ello su conocimiento especializado y particular sobre los tecnicismos que podrían acompañar los hechos del caso. El perito, en ese sentido, opina, por un lado, para aclararle al tribunal arbitral las cuestiones de hecho, y opina también interpretando, desde su perspectiva técnica, los hechos del caso.

Constituye un tremendo error pretender restringir o limitar la prueba pericial en un proceso arbitral a un pronunciamiento sobre un hecho concreto, aplicando para esa finalidad el Código Procesal Civil. Lamentablemente, sin embargo, es un error frecuente. Por eso, consideramos muy pertinente el comentario.

Es fundamental comprender que en el proceso arbitral la flexibilidad y la amplitud de la actuación probatoria son la regla. La limitación de la actuación probatoria es la excepción. Un proceso civil ordinario, en cambio, es uno en el cual la regla general son los procedimientos estrictos para el ofrecimiento de pruebas y para su actuación. En palabras, del Tribunal Constitucional:

"Así, [el arbitraje] se presenta como un mecanismo orientado a la consecución de la verdad legal, pretendiendo despojarse de los trámites, muchas veces engorrosos y formalistas, de la justicia tradicional. Entonces, históricamente en sus orígenes, el arbitraje se justificó en su carácter de proceso expedito y efectivo"<sup>(809)</sup>.

En la misma línea, MATHEUS indica lo siguiente:

(809) Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 6167-2005-PHC/TC.

"La irreductible sustantividad de la prueba en el arbitraje justifica la existencia de un sistema probatorio en la LGA que pugna con el proceduralismo probático acrítico y temporal característico del CPC"<sup>(810)</sup>.

Es cierto que la pericia debe tener relación con los hechos que son materia del proceso. Naturalmente, ello debe ser así. Ello no significa, sin embargo, que no se pueda ofrecer un perito para que explique y se pronuncie, desde su perspectiva técnica, sobre, por ejemplo, cuál es la lógica económica de un contrato, o sobre cuál sería su lectura e incluso su interpretación del contrato. Finalmente, un contrato constituye un hecho, y las negociaciones del mismo, las cartas o correos de ida y vuelta, y el texto mismo que se firmó, podrían reflejar (y suele ser así) consideraciones económicas y empresariales, respecto de las cuales, naturalmente, un perito podría pronunciarse y orientar al tribunal arbitral en su decisión. Su opinión sería, con el riesgo de decir lo obvio, técnica, y sería tenida en cuenta como tal por el tribunal arbitral. No sería una opinión jurídica sobre la interpretación correcta del contrato. Sería una interpretación técnica que colaboraría con el tribunal arbitral, para la tarea de formarse su opinión técnica y jurídica sobre el caso.

Entonces, es un error pretender limitar el ámbito de las pericias a emitir una opinión sobre un hecho. El perito puede opinar sobre hechos, y sobre temas técnicos, e incluso sobre contratos. El perito puede además, sobre la base de los hechos y temas técnicos que le ha tocado analizar, opinar, desde su perspectiva técnica, sobre cuál considera es la posición de las partes en conflicto que considera como la más razonable. El perito puede también opinar, desde su perspectiva técnica, sobre cómo debería interpretarse un contrato.

Los abogados a veces (lamentablemente, muchas veces) olvidamos que los contratos, antes que un hecho con efectos jurídicos, son un hecho con efectos económicos para las partes. Naturalmente, los abogados no somos los únicos que tenemos algo que decir sobre cómo deberían interpretarse los contratos, sobretodo si los contratos están llamados a regular, principalmente, intereses económicos y empresariales. Téngase en cuenta que los contratos, la mayor de las veces, son elaborados para ser aplicados y ejecutados por ingenieros, empresarios, técnicos, etc. Entonces, los contratos se elaboran sobre la base del uso de términos y para regular situaciones que los ingenieros, empresarios, o técnicos, según el caso, conocen mejor que los abogados. Los abogados en ese sentido somos absolutamente instrumentales. Quizá negociamos el contrato y lo redactamos, pero lo hacemos para

(810) MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, *Introducción al Derecho de Arbitraje*, Semper Veritas Editores, Lima, 2006, p. 151.

que su texto funcione para los ingenieros, empresarios o técnicos que lo aplicarán. Los abogados no hacemos contratos para que funcionen para abogados. Por todo eso, es fundamental lo que los ingenieros, empresarios o técnicos, tengan que decir acerca del contrato y den su opinión sobre cómo lo interpretan.

Como señalan, REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES:

"Cuando surgen controversias de carácter técnico o especializado, los tribunales arbitrales suelen necesitar la colaboración de peritos para arribar a una conclusión, a fin de obtener toda información técnica que pueda guiarlo en la búsqueda de la verdad [...]"<sup>(811)</sup>.

"La prueba pericial se presenta para abordar todos los temas que sean de opinión. Ingenieros y científicos suelen ser convocados para presentar informes y ofrecer pruebas en relación con las controversias en las que la calidad de un proyecto de construcción o el rendimiento de un bien de uso están involucrados. Los contadores son convocados para brindar pruebas en cuanto al monto de los reclamos y, en ocasiones, puede convocarse a abogados para que brinden pruebas en los casos en que deben explicarse las disposiciones de un sistema jurídico "extranjero"<sup>(812)</sup>.

De otro lado, POYNTE indica lo siguiente sobre la función del perito:

"El Experto ayudará al jurado a comprender los aspectos técnicos del caso e intentará persuadir al jurado sobre su explicación de los hechos"<sup>(813)</sup>.

Como señala el autor citado, la prueba pericial tiene por objeto, aportar al proceso una explicación, esto es, una opinión técnica sobre lo que sucedió en el caso planteado.

Es claro entonces que dentro del proceso arbitral la prueba pericial busca brindar al Tribunal una opinión, un razonamiento sobre un tema que es materia de la controversia. Y es claro también que dicha opinión puede versar sobre *todos* los temas que a criterio del Tribunal sean relevantes para la controversia.

(811) REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Buenos Aires, Aranzadi, 2007, p. 441.

(812) REDFERN, Alan, Martin HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES, *op. cit.*, p. 447.

(813) POYNTER, Dan, *"The Expert Witness Handbook" - Tips and Techniques for the Litigation Consultant*. California, 2005, p. 17.

Traducción libre del siguiente texto: "The expert will help the jury understand the technical aspects of the case and will try to persuade the jury to accept his or her explanation of the technical facts".

En estricto, por tanto, el único límite a la prueba pericial dentro del arbitraje será aquel que los propios árbitros determinen, considerando las particularidades del caso. Obsérvese que la Ley no establece requisitos específicos que deba cumplir el ofrecimiento de la pericia. No existe nada en la Ley que indique que sólo puedan ofrecerse pericias que tengan por objeto el pronunciamiento sobre un hecho. Finalmente, corresponderá a los árbitros establecer los límites de la actuación probatoria.

### 3. CREDIBILIDAD E IMPARCIALIDAD DEL PERITO DE PARTE

Incluso antes que el perito presente su posición técnica, el tribunal arbitral comienza a formarse imágenes respecto de su credibilidad. En estricto, desde que ofrecemos la prueba pericial y nombramos al perito, el tribunal se forma una opinión inicial sobre la credibilidad del experto que se propone. Por ello, es importantísimo escoger un experto que sea reconocido como una autoridad en la materia técnica que le tocará abordar. Como se dice, la primera impresión importa; y en materia de persuasión, importa muchísimo. Dicho de otra forma, para persuadir, la credibilidad de nuestro perito es clave. Y para que nuestro perito tenga credibilidad, qué mejor que se trate de una autoridad en el tema que se abordará.

Entonces, como primer paso es clave haber investigado y elegido bien a quién designaremos como perito. Debemos asumir que será cuidadosamente observado y evaluado por el tribunal arbitral (y por nuestra contraparte por supuesto). En palabras de MAUET:

"Antes de que el jurado acepte el testimonio del perito, debe aceptar al perito en sí mismo. ¿Cómo evalúa el jurado al perito? Se enfoca en dos componentes: su educación formal y práctica, y su experiencia laboral. Los abogados tienden a sobrevaluar la educación formal, probablemente porque los abogados tienden a tener una considerable educación formal y se impresionan por otros con antecedentes similares. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que pocos jurados tienen el mismo nivel de educación que un perito. La mayoría de jurados han desarrollado su habilidad en sus trabajos de juez mediante la práctica que hecha de manera reiterada los vuelve buenos en lo que hacen. La experiencia importa más para ellos. En sencillo, deben presentarse tanto los credenciales documentarios así como la experiencia laboral, experiencia que convencerá al jurado de que el perito está bien preparado"<sup>(814)</sup>.

(814) MAUET, *op. cit.*, p. 323.

Traducción libre del siguiente texto: "Before the jury will accept the expert's testimony, it has to accept the expert. How does the jury assess expertise? It looks at two components: formal education and training, and actual working experience. Lawyers tend to over-emphasize formal education, probably because lawyers themselves have



El objetivo entonces es que el perito que se proponga tenga autoridad y legitimidad para tratar con solvencia los temas técnicos controvertidos.

Para ello, es fundamental dedicarle tiempo a conocer al perito, conversar con él sobre sus trabajos anteriores, los artículos o libros que haya escrito, conocer su opinión sobre el tema respecto del cual se le pide que haga una pericia, conocer si antes emitió opinión sobre el mismo tema o temas relacionados, leer las opiniones que haya emitido. Hay que conocerlo *todo*, tanto para confirmar que es una buena elección como para, luego, prepararlo frente a los eventuales ataques a su credibilidad que podrían venir de la otra parte.

Lo aconsejable, entonces es, primero, buscar a un especialista en el tema (tanto por su experiencia profesional como por su formación académica). El primer requisito para la credibilidad es que nuestro perito sea una autoridad en el tema. Mejor todavía si es "la autoridad" en el tema. Pero, además, muy importante, debe ser un especialista con habilidades de comunicación y persuasión. Ser un buen comunicador es el segundo requisito fundamental para lograr credibilidad y con ello ser efectivos para la tarea de persuadir.

Además, si nuestro perito pretende ser creíble, deberá trabajar duro en un conocimiento de detalle del caso. Su informe escrito así como su testimonio de experto ante el tribunal arbitral deben reflejar solvencia y un conocimiento riguroso del tema sobre el cual se le ha solicitado que emita opinión. Trabajar duro y serio es clave. De nada servirá ser "la autoridad" y ser además un buen comunicador, si es que el producto que se entrega al tribunal arbitral no refleja conocimiento profundo del tema concreto y opinión técnica que resulta de un trabajo minucioso y riguroso.

Finalmente, es importantísimo que el perito que proponamos sea absolutamente imparcial e independiente de la posición que sostiene la parte que lo contrató y que paga sus honorarios. Aquellos peritos que repiten al unísono (con la parte que los contrató) la misma posición, con los mismos puntos y comas, no sirven absolutamente de nada para la tarea de persuasión. Es más, dañarán su credibilidad como abogados y, naturalmente, dañarán el caso de su cliente. Dicho

---

*substantial formal education and are impressed by others with similar backgrounds. However, keep in mind that few jurors will have the same level of education as an expert. Most jurors developed competence in their jobs simply by doing it until they got good at it. Hands on experience means more to them. In short, you need to bring out both the paper credentials and the actual working experience to convince the jury that the witness is a well-qualified expert."*

de modo distinto, son peritos que trabajan de modo efectivo para el caso de su contraparte.

De acuerdo a MAUET:

"Un testigo parcializado es un testigo cuyo testimonio se inclina hacia un lado y en contra del otro. Un contra-interrogatorio puede demostrar que el testimonio parcializado es una poderosa herramienta ya que esta mancha enteramente el testimonio del perito. El ejemplo de parcialización más común es el experto que típicamente testifica exclusivamente o predominantemente a favor de una de las partes"<sup>(815)</sup>.

Bastará un buen contra-interrogatorio al perito parcializado para desnudar su falta de independencia. Con ello su perito habrá hecho un excelente trabajo en beneficio del caso de su contraparte.

El perito debe ser y mostrar su imparcialidad e independencia, incluso al costo de dañar en parte el caso de su cliente. Como explica respecto STARK pronunciándose al respecto:

"[...] Confesamos pequeñas faltas con la finalidad de sugerir que no tenemos grandes faltas"<sup>(816)</sup>.

Es preferible que su perito dañe en parte su argumento o la posición de su cliente. Ello no sólo reflejará imparcialidad e independencia, sino que además generará confianza en el tribunal arbitral sobre la opinión técnica emitida. La tarea es lograr que el tribunal arbitral, luego de estudiar la posición técnica de los peritos presentados por ambas partes, prefiera la opinión del perito que usted presentó. Y para lograr ello, la imparcialidad e independencia de su perito es fundamental.